

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 3 - 2013

ISSN 1720-4542

Luca Nivarra

**TUTELA DELL’AFFIDAMENTO
E APPARENZA NEI RAPPORTI
DI MERCATO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

OSSERVATORIO

TUTELA DELL’AFFIDAMENTO E APPARENZA NEI RAPPORTI DI MERCATO

SOMMARIO: 1. Tre casi esemplari: la rappresentanza commerciale. - 2. Quella civile. - 3. La c.d. nullità di protezione. - 4. Tre modelli a confronto. - 5. Olismo v. individualismo metodologico. - 6. Conclusioni.

1. Nell'affrontare il tema oggetto delle presenti riflessioni mi sono subito chiesto in che modo si atteggi il rapporto tra legge e autonomia privata nel momento in cui la prima decida di avvalersi di strumenti di regolazione come quelli che vanno sotto il nome di apparenza e di affidamento. Ovvero, se si preferisce un lessico meno tradizionale, mi sono domandato in quale contesto istituzionale si trovi ad operare il contratto allorché esso venga assoggettato a queste regole. Sono interrogativi che possono risultare perfino banali se ci si colloca nella prospettiva più familiare per un giurista uso a ragionare secondo una logica di sistema: tanto è vero che la nostra letteratura pullula di importanti contributi in materia, alcuni assurti alla dignità di classici; e le nostre corti di giustizia usano due istituti con grande disinvoltura, forse troppa, come si vedrà più avanti (1). Non altrettanto può dirsi se il perimetro all'interno del quale ci si muove è quello della *behaviorial Law and Economics* (d'ora in poi BL&E), ossia di un modello teorico che, al pari della *Law and Economics* (d'ora in poi L&E), muove dall'idea secondo cui il diritto interloquisce con gli individui: per consentire ad essi di trarre il massimo profitto possibile dal patrimonio di razionalità di cui sono naturalmente dotati, nel caso della L&E; per correggerne le distorsioni cognitive, nel caso della BL&E (2).

In effetti, se si prendono in esame le applicazioni canoniche di questi due nobili istituti del diritto civile, sembrerebbe proprio che qui la prospettiva dell'individuo, della sua razionalità e dei suoi fallimenti cognitivi sia, quanto meno, collocata sullo sfondo, se non aper-

Saggio sottoposto a referato.

(1) V. *infra*, nt. 4.

(2) Per una messa a confronto, anche in chiave storica, delle L&E e BL&E v., da ultimo, R. Natoli, *Il contratto « adeguato »* (Milano 2012), 49 s. Sulla BL&E molto utile, per un'introduzione generale, *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. Caterina (Milano 2008), passim.

tamente trascurata. Ho scelto un esempio che mi sembra particolarmente significativo: quello della rappresentanza, nelle sue declinazioni, civile e commerciale. Cominciamo da quest'ultima. Come è noto, gli artt. 2206-2207 c.c. contemplano una serie di regole il cui senso può intendersi soltanto alla luce di quanto disposto dall'art. 2204, co. 1, primo cpv. alla stregua del quale « l'institore può compiere tutti gli atti inerenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura » (3). Come si vede, questa regola è autosufficiente (specie ove la si consideri integrata dalla *contemplatio domini* dell'art. 2208 c.c. che pone a carico dell'institore un vero e proprio obbligo di *disclosure*, limitatamente all'*an* della preposizione, e non anche al *quantum*, altrimenti la previsione di un onere pubblicitario risulterebbe incomprensibile), nel senso che essa ci fornisce il criterio in relazione al quale stabilire la latitudine dei poteri dell'institore, criterio rappresentato dal riferimento all'attività di impresa. Il quadro si complica, però, nella misura in cui la legge contempla l'eventualità che i poteri dell'institore siano limitati, modificati, revocati: infatti, proprio perché di tutto principio la rappresentanza è generale, la eventuale opponibilità ai terzi di un diverso suo contenuto (originario o successivo) è subordinato all'adempimento di un onere pubblicitario (iscrizione della procura presso il registro delle imprese), in difetto del quale si riespanderà la regola « generale » a meno che non si riesca a provare la mala fede del terzo, ovvero che il terzo fosse comunque a conoscenza delle reali prerogative negoziali dell'institore.

Ora, come può essere interpretata una regola che vincola taluno (l'imprenditore) ad un contratto che egli non ha effettivamente voluto (se l'avesse voluto lo avrebbe potuto ratificare *ex art.* 1399 c.c.)? Si potrebbe ragionare così. Posto che la soluzione più efficiente, ovvero quella che implica l'assenza di costi transattivi, è quella che sovrappone poteri dell'imprenditore e attività dell'impresa, il diritto la assume come regola, anche perché essa, all'interno di questo paradigma, è anche la regola razionale (infatti, nel modello della L&E efficienza e razionalità sono grandezze coestensive, esattamente come il reale e il razionale nell'introduzione alla hegeliana filosofia del diritto). Lo scarto rispetto allo stato di cose ideale introduce un doppio costo di transazione riconducibile, per l'imprenditore, all'onere dell'iscrizione, e per il terzo all'onere di consultazione del registro delle imprese: ciò che, però, determina un significativo decremento del tasso di efficienza della regola e, quindi, anche un pregiudizio alla razionalità dell'agente, il terzo, che non potrà più confidare nella *vis* cognitiva dell'efficienza. Non si dimentichi, infatti, che l'efficienza sta alla razionalità dell'*homo oeconomicus* esattamente come il reale sta al razionale del filosofo: l'inefficiente, come l'irreale, non è suscet-

(3) Sul punto v. F. Denozza, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, Osservatorio di diritto civile e commerciale, 2012, 14-15.

tibile di essere appreso con il pensiero, può soltanto essere oggetto di una costosa indagine empirica (presso il registro delle imprese o presso un archivio, dove il filosofo, trasformatosi in un ben più modesto storico o filologo, andrà alla ricerca di ciò che è esistito ma non è più reale).

Ma perché tutto questo, perché questo rischioso divorzio dal binomio efficienza — razionalità? Il giurista comune, ad es., io, potrebbe rispondere che, in fin dei conti, al povero imprenditore si dovrà pure consentire, in nome delle prerogative che gli riconosce l'art. 1322 c.c. di strutturare la procura — che è pur sempre un atto di autonomia privata — nel modo che gli è più congeniale: però questo produce una serie di conseguenze indesiderabili — *rectius*, costi transattivi — che sono, come si è visto, l'onere dell'iscrizione, l'onere di consultare il registro delle imprese, l'onere di provare che il terzo fosse comunque a conoscenza della limitazione, della modificazione o della revoca, l'onere di vedersi imputato un atto non voluto. L'evidente irrazionalità di questo sistema è testimoniato, tra l'altro, anche dal moltiplicarsi delle fonti alle quali attingere per acquisire l'informazione cruciale, cioè quella relativa ai poteri del rappresentante: l'attività dell'impresa, il registro delle imprese, un universo di dati dai confini indeterminabili dal quale, quasi miracolosamente, il terzo venisse a sapere, in modo abbastanza casuale, come stanno davvero le cose in punto di poteri di rappresentanza.

Altra, inevitabile domanda. Di quali informazioni dispone il preponente quando decide di segmentare il contenuto della procura? In altri termini: si può dire che questa scelta sia una scelta razionale, ossia efficiente? Semmai potrebbe sostenersi che la regola per cui l'atto *ultra vires* posto in essere dall'istitutore vincola comunque l'imprenditore è un tipico incentivo a non segmentare, mentre sarebbe assai più azzardato sostenere che essa incentivi una selezione accurata di tutte le informazioni necessarie ad effettuare una scelta razionale in ordine ai poteri da trasferire all'istitutore perché qui i costi di ricerca si presentano, già *ictu oculi*, esorbitanti.

E, infine, non si può non rilevare come questa complessa costruzione normativa — molto più complessa di quanto non potrebbe apparire d'acchito — incorpori l'eventualità che una delle due parti (il preponente) si ritrovi vincolato ad un contratto non voluto: soluzione certamente condivisibile dal punto di vista di un astratto parametro di giustizia retributiva, ma parecchio ingarbugliata dal punto di vista di un paradigma analitico incentrato sull'economia dell'informazione e sulla razionalità dell'agente. A questo proposito si potrebbe supporre che la stabilità del contratto sia la sanzione posta a carico dell'imprenditore per avere violato, omettendo di iscrivere la procura nel registro delle imprese, un obbligo di informazione. In altri termini, quella che con il linguaggio aulico della nostra tradizione siamo usi chiamare inopponibilità al terzo contraente della procura (delle sue modificazioni, delle sue limitazioni, della sua revoca) altro

non sarebbe che un rimedio di tipo reale conseguente all'inosservanza di una regola di condotta. Il punto, sul quale ritornerò successivamente, merita di essere sottolineato tanto più che, in dottrina e in giurisprudenza, da noi, negli ultimi anni, si è ragionato dell'ipotesi esattamente opposta, e cioè dell'eventualità che la violazione di un obbligo precontrattuale di informazione desse luogo alla nullità del contratto.

2. Trasferendoci dalla rappresentanza « commerciale » a quella « civile », possiamo osservare che a) una fattispecie analoga a quella avuta presente dagli artt. 2204-2208 c.c. viene trattata in modo molto diverso: infatti, il *falsus procurator* sarà tenuto al risarcimento del danno patito dal terzo contraente per avere senza sua colpa confidato nella validità del contratto (art. 1398 c.c.). Questa regola, unanimemente considerata un'applicazione puntuale di quella, di portata più generale, contemplata dall'art. 1338 c.c. (« conoscenza delle cause di invalidità »), la quale, a sua volta, si riannoda alla *culpa in contrahendo* dell'art. 1337 c.c., pone a carico dello pseudo rappresentante un obbligo risarcitorio. Dunque, l'irrazionalità introdotta nel sistema a cagione della omessa informazione in ordine all'*an* e al *quantum* dei poteri rappresentativi viene « punita » mediante un congegno che trasferisce in capo all'impostore i costi transattivi inutilmente sostenuti dalla controparte (nei limiti del c.d. « interesse negativo ») (4).

(4) È noto, tuttavia, che fin dai primi anni '50 del secolo scorso è andato prendendo corpo, nella giurisprudenza di legittimità, un orientamento che si lascia riassumere nella massima secondo cui « in tema di rappresentanza possono essere invocati i principi dell'apparenza e dell'affidamento incolpevole allorché non solo vi sia la buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante, ma anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentato » (v. Cass. 9-3-2012 n. 3787, Foro it. Rep., 2012, voce *Rappresentanza nei contratti* n. 2). Secondo l'interpretazione corrente (v., da ultimo, S. Palma, *La rappresentanza apparente: una questione ancora aperta*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, 223 s.), l'estensione della regola dell'apparenza al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge (art. 534 c.c.; art. 1189 c.c. pagamento al creditore apparente) sarebbe in linea di principio giustificata là dove si tratterebbe di tutelare un affidamento incolpevole, donde la distinzione tra apparenza pura e apparenza colposa, la quale sarebbe caratterizzata dalla compresenza di tre elementi, ossia uno stato di fatto apparente che non abbia corrispondenza con un dato reale; un comportamento colposo che abbia determinato lo stato di apparenza; un convincimento in buona fede dei terzi sulla corrispondenza della situazione apparente ad un dato reale. Ora, a parte ogni altro rilievo in ordine al campo d'applicazione della regola in discorso, che, a mio avviso, è assai più esteso, deve poi ulteriormente osservarsi: a) è inconcepibile che l'ordinamento attribuisca rilevanza ad uno stato di cose giuridico difforme dalla fattispecie normativa, riconnettendo alla prima i medesimi effetti della seconda al di fuori di un disegno di tutela dell'affidamento incolpevole; b) non è vero che nell'apparenza pura non si riscontrino gli estremi di una condotta colpevole di colui che è destinato

Si tratta di una soluzione molto lineare e anche del tutto coerente con gli equilibri interni alla disciplina della rappresentanza « civile »: qui, infatti, a differenza di quanto accade nella parallela materia della rappresentanza « commerciale », non esiste, né potrebbe esistere, nulla di paragonabile alla *relatio* istituita dall'art. 2204 c.c. tra poteri dell'istitutore e attività dell'impresa, *relatio* che, come si è visto, individua la vera *Grundnorm* a partire dalla quale si instaura la dialettica con la procura, che, non a caso, è, almeno in linea teorica, strumento di impiego puramente eventuale. Viceversa, in ambito « civile » la procura è la regina della rappresentanza: essa costituisce l'unico modo attraverso cui trasferire al *procurator* il potere di agire in nome e per conto del *dominus* e, fondamentalmente, è soltanto attraverso di essa che si determinano la misura e la qualità di quel potere. Questo è un aspetto decisivo ai fini del nostro discorso. La procura è un atto unilaterale della cui recettizietà è, a mio avviso, impossibile dubitare: e, comunque, il terzo contraente è, rispetto ad essa, veramente « terzo »: non ha nessuna possibilità di sapere come stanno effettivamente le cose, la legge non prevede alcuna *relatio* (e, ripeto, neppure potrebbe farlo, tenuto conto dell'indisponibilità di un riferimento accostabile all'« attività d'impresa »), né un dispositivo di tipo pubblicitario: dunque, è del tutto ovvio che, in una situazione di questo tipo, caratterizzata da una vistosa asimmetria informativa, sul rappresentante gravi un obbligo di *disclosure*, l'inservanza del quale genera, a suo carico, un obbligo di ristorare il danno subito dalla controparte. Il rimedio risarcitorio, come spesso accade alle *liability rules*, assicura la quadratura del cerchio: la vittima viene reintegrata nella posizione originaria (e il limite dell'interesse negativo, tipico della *culpa in contrahendo*, dovrebbe scongiurare i rischi di *overcompensation*), la libertà contrattuale dello pseudo — rappresentato non subisce alcun *vulnus*, anzi, essa viene esaltata dalla previsione, molto razionale, che il *dominus* si appropri del contratto mediante ratifica (art. 1399 c.c.), mentre il *falsus procurator* pagherà la sua bravata, andando incontro ad una perdita secca (in effetti, qui il risarcimento, se si volesse ragionare nell'ottica della L&E, ha una connotazione vagamente punitiva giustificata dal carattere fraudolento della condotta).

a subire le conseguenze dell'applicazione della regola. Da questo punto di vista, proprio il caso della rappresentanza commerciale è paradigmatico perché l'inopponibilità al terzo delle limitazioni, modificazioni e della revoca della procura discende dalla mancata sua iscrizione nel registro delle imprese. La verità è che qui la giurisprudenza consuma un autentico arbitrio (avallato dalla dottrina: sul punto v. i richiami in Palma, *La rappresentanza* cit., 237 s.) perché, come meglio si vedrà più avanti, le due discipline sottendono *rationes* diverse, che riflettono assetti normativi del mercato (anzi, proprio mercati) differenti: sicché un'eventuale commercializzazione della rappresentanza civile avrebbe richiesto la mediazione del legislatore.

3. Quelli presi brevemente in esame individuano due modalità molto diverse di risolvere un problema nascente dalla cattiva circolazione delle informazioni. La prima, imperniata sul binomio apparenza/affidamento, è una modalità drastica che, sostanzialmente, si risolve nell'assoggettamento dell'imprenditore ad un contratto non voluto. Indipendentemente dalle ragioni che possono essere invocate allo scopo di giustificare questa scelta (autoresponsabilità, *cheapest cost avoider*, ecc.), resta il fatto che qui siamo in presenza di un contratto imposto, con grave sacrificio della libertà negoziale (chissà che Stolfi non avesse poi, in definitiva, un pizzico di ragione) (5): un rimedio pesantissimo, molto invasivo, come sempre sono i rimedi reali.

La seconda modalità, imperniata sull'obbligo di risarcire il danno nei limiti dell'interesse negativo, si presenta assai più rispettosa delle prerogative dell'autonomia contrattuale e, dal punto di vista del *quantum* di ricchezza sociale e della sua allocazione, essa, come ho già detto, implica una (meritata) perdita secca per lo pseudo-rappresentante, a meno che non si voglia supporre che questi abbia comunque lucrato il valore delle informazioni involontariamente trasmesse dal terzo contraente: nel qual caso il lieto fine sarebbe assicurato, giacché la regola giuridica finirebbe anche qui per mimare uno scambio, in sé razionalissimo anche se non voluto dalle parti o, almeno da parte di uno di esse.

Il diritto privato europeo comune in elaborazione non distingue tra rappresentanza civile e commerciale, il che non può stupire alla luce del programma che ispira l'ormai consolidato movimento culturale di predisposizione di un diritto privato europeo: la prevalente preoccupazione di elevare il discorso, individuando un complesso sufficientemente omogeneo e ordinato di disposizioni in materia di contratto e di obbligazioni riconoscibili dalle diverse tradizioni giuridiche europee come comuni, così da approntare — a voler rimare nel perimetro delle categorie della tradizione — una vera e propria parte generale del diritto privato. Il diritto privato europeo si presenta però sul punto non solo inevitabilmente più povero rispetto ai diritti nazionali ma anche più rozzo perché abbandona la via di un modello puro, sia esso quello della *relatio* che genera apparenza e

(5) Alludo, naturalmente, a G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico* (Padova 1947), passim, opera nella quale, come è noto, contro le pulsioni sociali (in realtà, secondo l'A., autoritarie e statolatriche) che percorrono il codice civile del '42, viene riproposta una lettura del fenomeno negoziale ispirata ad un liberalismo tanto limpido quanto, almeno per l'epoca, un po' forzato. Altrettanto nota è la circostanza che a Stolfi replicò E. Betti, *Il negozio giuridico in un'opera recente*, Giur. it., 1947, IV, 137 s., con ciò tenendo a battesimo quella che poi è passata alla storia come la polemica Stolfi - Betti sulla quale v., da ultimo, M. Grondona, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale* (Soveria Mannelli 2008), 118 s.

quindi affidamento oppure quello imperniato sulla procura e, dunque, più rispettoso dell'autonomia privata. La regolazione che ne emerge poggia per lo più sul modello della procura ma con una non pienamente giustificabile ibridazione con il modello fondato sull'apparenza. L'art. II.-6:103, co. 3, del *Draft Common Frame of Reference* adotta infatti un approccio comportamentista — tipico delle regole di condotta piuttosto che delle regole di efficacia — e vagamente sanzionatorio, assumendo la prospettiva del privato che ingeneri nel terzo in buona fede il ragionevole affidamento circa il conferimento ad un terzo del potere di rappresentanza relativo a determinati atti (6). Il rimedio approntato è di natura reale e, dunque, assai costrittivo dell'autonomia privata, secondo un modello oramai divenuto frequente nella legislazione dell'Unione europea ma poco consoni ai pur costantemente ribaditi ideali liberali: l'imputazione a colui che genera l'apparenza degli atti posti in essere dal presunto rappresentante come se gli avesse conferito davvero i relativi poteri. L'art. II.-6:107 soltanto in parte ricalca la regola sperimentata nell'art. 1398 c.c.: l'accomuna la soluzione di non imputare al soggetto il cui nome è stato speso indebitamente gli effetti degli atti compiuti dal falso rappresentante e di ricorrere al rimedio del risarcimento per proteggere le ragioni del primo; ma lo differenzia la scelta, anche questa non condivisibile anche soltanto in un'ottica sistematica, di estendere la determinazione del danno oltre la linea dell'interesse negativo, assicurando al terzo ignaro un risarcimento pari ai valori che questi avrebbe acquisito qualora il potere di rappresentanza fosse esistito realmente, e, pertanto, commisurato all'interesse positivo (7). Non può essere trascurata neppure l'ulteriore apertura all'apparenza che si registra anche in questa disposizione e peraltro in maniera abbastanza evidente nell'affiancamento alla spendita non autorizzata del nome di condotte genericamente evocative di uno stato non corrispondente alla realtà indicate con la formula « *otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal* ».

(6) L'art. II.-6:103, co. 3, DCFR sancisce che « If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative ».

(7) L'art. II.-6:107 DCFR stabilisce infatti che « (1) When a person acts in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal but acts without authority, the act does not affect the legal position of the purported principal or, save as provided in paragraph (2), give rise to legal relations between the unauthorized person and the third party. (2) Failing ratification by the purported principal, the person is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the person had acted with authority. (3) Paragraph (2) does not apply if the third party knew or could reasonably be expected to have known of the lack of authority ».

Com'è noto, l'afflato per un diritto privato unitario si è mestamente smorzato (8), il che peraltro costituisce la riprova, se mai fosse stata necessaria, della perdurante vocazione mercatista dell'Unione europea, e l'ambizioso progetto del *DCFR* si è ridotto ad una *Common European Sales Law* allegata ad una proposta di regolamento, che peraltro conferisce alla normativa natura opzionale (art. 3 reg.) (9). Il diritto comune della vendita transfrontaliera, pur riproducendo diversi contenuti del *DCFR*, sebbene restringendone l'ambito di applicazione al solo contratto di vendita, come, ad es., la disciplina della fase precontrattuale, delle informazioni, del recesso, della conclusione del contratto, delle clausole abusive, dell'interpretazione etc., non fa altrettanto con le disposizioni sulla rappresentanza ed anzi nell'introduzione esplicativa rinvia al riguardo ai diritti nazionali, sicché nell'attuale regresso del processo di elaborazione del diritto privato europeo è sulle legislazioni nazionali che si deve continuare a concentrare l'attenzione.

Adesso voglio per un attimo allontanarmi dalla materia della rappresentanza e richiamare una terza tipologia di cura dell'asimmetria informativa, messa a punto là dove l'asimmetria informativa regna sovrana, ossia nei rapporti tra professionista e consumatore. Mi riferisco, in particolare, all'art 23, co. 1 d.lgs. 58/1998 (il t.u.f.) e all'art. 117, co. 3 d.lgs. 385/1993 (il t.u.b.) i quali, entrambi, prevedono che, in caso di inosservanza della forma scritta (che qui è strumentale alla consegna di una copia del contratto, donde appunto, il nesso con l'obbligo di informare, ovvero di mantenere il controllo sull'informazione acquisita), il contratto medesimo sia nullo, anche se la nullità in questione è soltanto relativa, posto che unico soggetto legittimata a farla valere è il contraente « debole » (art. 23, co. 3 t.u.f.; art. 127, co. 2 t.u.b.).

Sulla « nullità relativa di protezione » sono stati scritti fiumi di inchiostro ed io mi guarderò bene dall'aggiungere una sola stilla. Semplicemente voglio richiamare l'attenzione sul fatto che, nelle ipotesi ora in esame, registriamo ancora una terza modalità di reazione ad un chiaro problema di asimmetria informativa, ovvero la nullità del contratto che rappresenta una soluzione molto invasiva, anche se meno irrispettosa della libertà contrattuale di quanto non lo sia quella alla quale si perviene attraverso il dispositivo apparenza-affidamento: anzi, si potrebbe dire che, dal punto di vista strettamente

(8) È assai critico al riguardo, ma con piena ragione, C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in questa *Rivista*, 2011, 837 s. nonché Id., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, ivi, 2012, 289 s. Certo non più lusinghiero è il giudizio espresso da S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, rist. riveduta e aggiornata (Torino 2012), spec. 270-271.

(9) COM(2011) 635.l.

pratico, la circostanza che il rimedio sia nelle mani del consumatore avvicina questo modello alla ratifica dello pseudo-rappresentato, salvo che per la rilevabilità d'ufficio del vizio.

4. Il fugace richiamo alla c.d. nullità di protezione serve a mettere in luce un aspetto del problema che non sempre viene adeguatamente preso in considerazione. Se si mettono a confronto le tre regole fin qui illustrate, viene fuori che in due casi l'ordinamento opta per una soluzione drastica rappresentata, rispettivamente, dalla conservazione (rappresentanza « commerciale ») e dalla eliminazione (nullità di protezione) del contratto, mentre nel terzo caso, quello della rappresentanza « civile », la legge si limita ad addossare al *falsus procurator* l'obbligo di risarcire il danno, in nessun modo incidendo sull'autonomia privata e sulle sue concrezioni, né per conservarle né per rimuoverle. Eppure, sempre, in tutte e tre queste ipotesi, siamo in presenza di un'asimmetria informativa, nel senso che sulla scena si muove un soggetto il cui potenziale di razionalità viene compromesso da un deficit di conoscenza di una serie di informazioni, appunti, indispensabili ai fini dell'adozione di una decisione razionale. Che cosa può spiegare questa varietà di risposte ad un problema che sembrerebbe presentarsi come unitario?

Nel tentativo di fornire qualche indicazione al riguardo, osserverei, in primo luogo, che dei tre dispositivi considerati, quelli che sembrano più avvicinarsi al modello ideale sono il risarcimento del danno e la nullità (relativa) del contratto: l'uno e l'altro, infatti, non contemplano ortopedie negoziali e nessuno degli attori rischia di vedersi invischiato in un'operazione che non è in linea con le sue previsioni e le sue aspettative. Il binomio apparenza-affidamento, viceversa, ha una portata decisamente eversiva dei canoni di razionalità privatistica, perché esso finisce per vincolare una delle parti ad un contratto che essa non avrebbe stipulato e, comunque, non a quelle condizioni. Come ho già detto, si tratta, in definitiva, di un contratto imposto: e, nel caso della rappresentanza « commerciale » la sottrazione di sovranità patita dall'imprenditore appare particolarmente pesante perché qui ci troviamo comunque al cospetto di una positiva manifestazione di volontà (procura, sua modificazione, sua limitazione, sua revoca) totalmente o parzialmente divergente da quella che, poi, in concreto, risulterà vincolante per il *dominus* (ossia, il contratto stipulato dall'istitutore in conformità a quanto previsto dall'art. 2204, co. 1 cpv. c.c.). Ora, è ben noto che la generalizzazione della tutela dell'affidamento ingenerato da uno stato di cose solo apparentemente conforme ad una fattispecie normativa rappresenti una delle principali novità del codice del '42: essa trova applicazione in una pluralità di ambiti (dagli acquisti *a non domino*, all'erede apparente, al pagamento al creditore apparente) ma il filo conduttore viene da sempre rinvenuto in un disegno giuspolitico ispirato al fine di promuovere e favorire la circolazione dei beni e, per usare un'espressione antica, la sicurezza e la stabilità dei traffici giuridici.

Insomma, è una banalità, ma è chiaro che queste regole sono regole di funzionamento di un'istituzione più complessa di quanto non sia il contratto, o l'autonomia privata, ossia il mercato, il luogo ideale della circolazione capitalistica, deputato alla misurazione e alla realizzazione dei valori di scambio delle merci. Nel caso specifico della rappresentanza « commerciale », l'inattaccabilità del contratto stipulato dallo pseudo istitutore discende anche dalla plateale inosservanza di un onere, quello pubblicitario, introdotto proprio allo scopo di consentire all'imprenditore di non restare schiacciato sulla sovrapposizione di attività dell'impresa e latitudine dei poteri di rappresentanza.

5. La regolazione del mercato pone sempre capo a dispositivi molto complessi ed è un fatto eminentemente politico, nel senso che essa presuppone scelte orientate dalle preferenze del decisore politico. Anche questa è una banalità, ma l'egemonia culturale del paradigma neoclassico ha contribuito in misura determinante ad imporre l'idea, a mio avviso abbastanza peregrina, secondo cui al centro della scena dell'economico sarebbe assiso l'agente razionale il quale opera spinto solo dall'obiettivo della massimizzazione del profitto, incontrando su questa strada i due dannati ostacoli dei costi di transazione e dell'opportunismo. Ora, il punto è che l'individualismo metodologico (il quale rappresenta il presupposto cognitivo del paradigma) è palesemente fuorviante, almeno lo è per il giurista, perché l'esperienza del legislatore storico rivela in modo inequivocabile come quest'ultimo si sia lasciato condurre da una percezione del reale molto più articolata e certamente irriducibile ad uno schema tanto primitivo.

Per meglio chiarire il mio pensiero al riguardo voglio ancora una volta richiamare la celebre chiusa della Introduzione alla « Filosofia del diritto » di Hegel: « tutto ciò che è reale è razionale, e tutto ciò che è razionale è reale ». Che significa la famosissima e abusatissima formula se applicata alle questioni di cui ci stiamo occupando? Una cosa molto semplice, e cioè che il « reale » — ossia il mercato, ossia l'insieme delle transazioni economiche attraverso le quali avviene la circolazione delle merci — è effettivamente « razionale », non nel senso che il suo modo di funzionare e i risultati a cui esso pone capo rispondano ad un qualche parametro ideale di giustizia, di efficienza e via dicendo — ma nel senso, molto più profondo, della razionalità di ciò che è oggettivo, della razionalità di ciò che, appunto, è « reale » e non semplicemente « esistente » (10). La razionalità, dunque, intesa come principio d'ordine e criterio esplicativo del

(10) La distinzione tra « reale » ed « esistente » è, con grande semplicità ed efficacia, illustrata da F. Engels, *Ludwig Feuerbach*, a cura di P. Togliatti (Roma 1972) (I ed. 1950): « Ma per Hegel non tutto ciò che esiste è, senz'altro, anche reale. L'attributo della realtà viene da lui applicato solo a ciò che è, al contempo, necessario ».

« reale » è una proprietà di sistema e non certo un attributo individuale, se non nella forma di una generica attitudine ad operare una valutazione razionale, ovvero non autolesionistica, dei propri interessi. Ora, il diritto e, in particolare, il diritto dei contratti, traduce questa razionalità di sistema, assolvendo così al suo importantissimo compito, che è quello di favorire il funzionamento dei mercati: esso è sempre la sintesi di due elementi, il primo costituito dalle « tendenze » che il mercato rivela fondamentalmente in ragione del ciclo economico generale (il mercato, infatti, è, per quanto importante, soltanto un pezzo di quel complesso insieme che è il modo di produzione capitalistico); il secondo, rappresentato dall'assunto che i singoli attori siano in grado, salvo casi limite, di valutare, sia pure all'ingrosso, quali siano le cose più idonee da fare nel proprio interesse (11).

Per ragioni facili da intuire, la legislazione economica del capitalismo, nelle sue varie fasi, presenta un grado di permeabilità, rispetto ai processi reali regolati, incomparabilmente superiore a quella delle epoche precedenti. Infatti, il capitalismo individua un sistema economico caratterizzato dalla programmatica predominanza del mercato, in quanto luogo deputato alla realizzazione del plusvalore mediante lo scambio delle merci: infatti, senza un mercato organizzato, riconosciuto e regolato come tale, non sarebbe possibile, per il capitalista, pervenire alla valorizzazione del capitale investito nella produzione delle merci e, poiché, la produzione di merci è l'alfa e l'omega del capitalismo, ecco spiegata la centralità del mercato. Neppure il legislatore capitalista, però, ha mai acceduto ad una lettura

(11) A conclusioni non dissimili, sia pure muovendosi all'interno di un orizzonte analitico diverso, mi pare pervenga F. Denozza; *Mercato, razionalità degli agenti* cit., spec. 27 s. Il richiamo ad Hegel contenuto nel testo non è casuale: infatti, come è noto, esiste una tradizione di pensiero economico, la *Old Institutional Economics*, i cui esponenti più noti sono Veblen, Mitchell, Commons e Hamilton che programmaticamente si richiama alla Scuola storica, al materialismo storico e alla filosofia classica tedesca. L'idea di fondo a cui questo indirizzo di pensiero si ispira è che « le istituzioni non servono solo a spiegare le preferenze sulle cui basi si potrebbe poi applicare lo stesso il processo di massimizzazione della teoria neoclassica. Al contrario, le istituzioni, nell'apparato teorico della vecchia economia istituzionalista, aboliscono il meccanismo di massimizzazione, al quale sostituiscono quello istituzionale, in funzione del quale gli agenti agiscono. Le loro scelte sono determinate da regole ormai standardizzate, vincoli istituzionali, rapporti di fiducia, particolari relazioni, dentro una cornice istituzionale indipendente dai meccanismi di massimizzazione dell'utilità attesa. L'agente economico, nel quadro economico della Vecchia Economia Istituzionalistica, tende a raggiungere una posizione di soddisfazione dei propri obiettivi piuttosto che di massimizzazione. In questo quadro, quindi, le istituzioni determinano tutte le relazioni economiche degli individui indipendentemente dai processi di razionalità e massimizzazione » (v. P. Tridico, *Istituzioni economiche e cambiamento istituzionale tra vecchi e nuovi istituzionalisti*, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Economia, Working Paper n. 58, 2006, 21, a cui si rinvia per una ampia illustrazione dei vari orientamenti dell'istituzionalismo economico).

ipersemplificata di quest'ultimo, tarata cioè, sulla scala del singolo agente, orientandosi, viceversa, nel senso di una modellizzazione di massima che, ripeto, a seconda delle varie fasi storiche, ha incorporato obiettivi e perseguito *policy* differenti, pur nel quadro di un ovvio, inossidabile rispetto del protocollo di base, ossia la separazione dei produttori dai mezzi di produzione.

Può darsi che, nel corso di questa evoluzione, vi siano stati momenti nei quali l'efficiente funzionamento del mercato richiedesse una regolazione minima (mimetica, mi è capitato di dire altrove) (12) — ad es., il diritto civile protoborghese — ma questo non perché il legislatore fosse un fautore dell'individualismo metodologico, quanto piuttosto perché il livello di complessità del sistema consentiva (e, anzi, imponeva) che la regolazione giuridica esaurisse il suo compito nella individuazione delle condizioni di esercizio dell'autonomia privata. In prosieguo di tempo, il quadro si complica, le variabili delle quali è necessario tenere conto per evitare i fallimenti del mercato si moltiplicano. E questo spiega l'emergere di una legislazione economica anticiclica, caratterizzata da una diffusa presenza dello stato in economia ma anche da un diritto civile apparentemente meno rispettoso delle prerogative individuali ma in realtà preoccupato di garantire la tenuta di un sistema troppo complesso perché la sua regolazione possa essere esaurita da un insieme di norme-cornice. Ad es., il codice civile del '42, che attua l'unificazione della materia civile e di quella commerciale e che riserva alla tutela dell'affidamento l'ampio spazio di cui si è già detto, è un artefatto legislativo che risponde esattamente a questo tipo di esigenza: può darsi che la reazione suscitata nei settori più tradizionali della nostra cultura giusprivatistica spieghi perché, da Betti in poi, sebbene con varietà d'accenti, ne sia stata segnalata, talora con grande enfasi, una vocazione sociale: in realtà siamo solo in presenza di una intelligente, e tecnicamente molto sorvegliata, presa d'atto delle trasformazioni subite dal sistema e della necessità di generalizzare un paradigma filo-circolatorio che, confinato sino a quel momento entro il perimetro dei rapporti commerciali, viene ormai esteso a tutte le transazioni e ciò in piena sintonia con gli sviluppi di un sistema economico che ormai fa perno sul consumo di massa (13).

Infine, nella fase attuale, nonostante la ben diversa intonazione dell'egemone racconto liberista, di cui la dottrina neoclassica e l'individualismo metodologico, sono parti integranti e fondamentali, assistiamo (o, forse, dovremmo dire: abbiamo assistito, anche se, appunto, non è dato sapere se emergerà e si consoliderà un diritto ci-

(12) L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato* (Napoli 2010), 22 s.

(13) Per una ricostruzione del dibattito civilistico in punto di autonomia privata v. F. Macario, *L'autonomia privata*, Gli anni settanta del diritto privato, a cura di L. Nivarra (Milano 2008), 119 s.

vile della crisi) al prodursi di un'ondata regolatoria che si è abbattuta sulla « fortezza » contratto modificandone in larga misura gli equilibri e obbligando a ripensare l'intera materia, sia sotto il profilo contenutistico sia sotto il profilo della sua collocazione sistematica. Mi riferisco, come ovvio, alla disciplina consumeristica che, nelle sue premesse giuspolitiche, sembrerebbe animata proprio dall'intento di porre rimedio alla drammatica asimmetria informativa che, costitutivamente, contraddistingue la relazione professionista-consumatore, ma che in realtà si salda alla fase precedente perseguendo, quale suo reale obiettivo, quello di promuovere la concorrenza, di talché l'oggetto della tutela non è il consumatore ma il consumo (14).

Insomma, l'individualismo metodologico non è una prospettiva soddisfacente per spiegare la regolazione del contratto e, attraverso di essa, quella del mercato. Il legislatore economico privilegia, infatti, un approccio di tipo olistico che guarda al contratto e al mercato come a istituzioni fondamentali di cui, però, si prende cura muovendo da un assunto diverso da quello secondo cui il suo unico obiettivo sarebbe l'eliminazione dei costi di transazione o la riduzione delle asimmetrie informative. Non vi è assolutamente nulla di dirigitico in questo: semplicemente, il diritto, di volta in volta, assume i caratteri propri della corrispondente fase dello sviluppo capitalistico interpretandone e assecondandone le tendenze di fondo: ma il capitalismo è una gigantesca impresa sociale, soggetta all'influenza di innumerevoli variabili, che vanno ben oltre l'orizzonte dei singoli attori: ed è questa l'unica asimmetria informativa che lo Stato, capitalista collettivo, si preoccupa davvero di colmare.

6. Torniamo adesso ai nostri tre casi paradigmatici. Parliamo, in primo luogo, della rappresentanza « commerciale » partendo dalla fine, ossia dalla regola in virtù della quale limitazioni (della rappresentanza), modificazioni e revoca (della procura) non sono opponibili al terzo contraente di buona fede se esse non sono pubblicizzate mediante l'iscrizione della procura medesima nel registro delle imprese. Questa regola cattura e rideclina nella lingua propria del diritto, una tendenza tipica dei mercati « commerciali », ossia dei mercati più dinamici: quella a privilegiare la sicurezza dei traffici anche a discapito della piena corrispondenza tra il « voluto » e il « dichiarato » o, per meglio dire, tra il « voluto » e il « vincolato ». Pazienza per il singolo, ma le ragioni del sistema sono pur sempre le ragioni del sistema. Ora, se dalla regola finale risaliamo a quella iniziale (fonte della rappresentanza - atto di preposizione; latitudine della rappresentanza coincidente con l'attività dell'impresa), passando per quella intermedia (onere pubblicitario), è facile rendersi conto della

(14) Su questo mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, Riv. crit. dir. priv., 2012, 211 s.

circostanza per cui vi è una perfetta solidarietà tra queste due regole e quella finale che fa applicazione dell'apparenza, nel senso che tutte e tre obbediscono alla medesima esigenza che è quella a promuovere un ambiente filocircolatorio. Se le cose stanno così, si può agevolmente concludere che la regola finale incentiva l'osservanza della regola iniziale, scoraggiando una segmentazione dei poteri rappresentativi e, in subordine, quella della regola intermedia, ovvero la scrupolosa osservanza degli oneri pubblicitari.

Un ragionamento del tutto analogo può ripetersi per la rappresentanza « civile » allo stato puro (prima, cioè, che essa subisse un processo di « commercializzazione » per via giudiziale) (15). La re-

(15) V. *supra*, nt. 3. Vorrei tornare sulla questione della « commercializzazione » della rappresentanza civile per meglio chiarire il mio pensiero. Intanto, il caso, al di là dei suoi risvolti pratici, mi sembra interessante anche alla luce del dibattito svoltosi di recente in ordine al modo di atteggiarsi del rapporto tra diritto primo e diritti secondi (o tra diritto comune e diritto speciale) su cui v., *ex multis*, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia (Milano 2008). Ora, è indubitabile (almeno per me) che, per restare all'interno di questo orizzonte categoriale, la disciplina dettata dagli artt. 2203 s. c.c. individui una regola di diritto speciale (dove l'elemento di specialità è chiaramente identificato dalla qualità di imprenditore commerciale del rappresentato), mentre quella dettata dall'art. 1387 s. c.c. individui la regola di diritto comune. Ciascuna delle due regole, poi, obbedisce, come si è visto, a *rationes* differenti, né si può sostenere che il regime della rappresentanza civile sia afflitto da una lacuna di qualsivoglia tipo, configurando esso, viceversa, un dispositivo giuridico coerente e completo grazie al quale, come pure si è già detto, la tutela della libertà negoziale dello pseudo rappresentato convive armoniosamente con la tutela dell'affidamento del terzo: una tutela che, invece che nella forma invasiva della conservazione di un contratto altrimenti inefficace, si realizza nella forma, del tutto consequenziale, della imposizione al *falsus procurator* di un obbligo risarcitorio. I due modelli di tutela dell'affidamento si escludono reciprocamente e vengono utilizzati dal legislatore secondo un ordine di preferenze sistemico che l'interprete non può sovvertire, attribuendo *motu proprio* rilevanza ad una condotta dello pseudo rappresentato civile in tesi idonea a generare un legittimo affidamento del terzo. Del resto, quando il legislatore ha inteso generalizzare il modello di tutela reale dell'affidamento, come, ad es., nel caso del pagamento al creditore apparente lo ha fatto e basta, senza chiedersi se il vero creditore avesse, o non avesse, dato spunto all'insorgere della situazione di apparenza. Tutto questo si può dire anche in un altro modo. La tutela dell'affidamento (incolpevole: precisazione a mio avviso superflua perché un affidamento colpevole non è genuino affidamento e, certamente, non merita tutela) ingenerato da una situazione di apparenza incarna un principio generale dell'ordinamento e, per la precisione, un principio problematico o dialettico (così L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, I principi generali del diritto (Roma 1992), 318 s., su cui mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto in Luigi Mengoni*, in questa *Rivista*, 2007, 411 s.). Secondo Mengoni, i principi problematici, a differenza dei principi dogmatici o assiomatici, non hanno « né la struttura né l'efficacia delle norme giuridiche. Essi, in altri termini, non forniscono soluzioni normative, ma argomenti o punti di vista per l'imbastitura e lo sviluppo del ragionamento dell'interprete. Al pari dei principi dogmatici inespresi, i principi dialettici sono ricavati da norme particolari ma sono « sprovvisi

gola finale è l'obbligazione risarcitoria: la regola iniziale, qui, è composta: da un lato, essa, sia pure cripticamente, ribadisce l'intangibilità della sfera di autonomia dello pseudo-rappresentato, al quale non viene imposto alcun contratto, dall'altro promuove il rispetto della correttezza e della trasparenza nei rapporti interprivati. Sono queste, del resto, le « tendenze » tipiche di mercati a basso tasso di dinamismo circolatorio, nei quali, pertanto, l'esigenza di tutelare la stabilità delle negoziazioni è poco o punto avvertita: si tratta, o meglio, si trattava, del diritto civile proto borghese, tutto libertà contrattuale e *fair play* (oggi si chiama obbligo di informazione).

Infine, le nullità di protezione del t.u.f. e del t.u.b. Trattasi — ma l'osservazione può ripetersi per tutta la normativa consumeristica — di dispositivi volti ad incentivare la concorrenza tra imprese costringendole a predisporre un'offerta accurata, anche nel *packaging* normativo, dei loro prodotti. La prospettiva di rimanere nelle mani della controparte, e di un giudice, dovrebbe costituire un potente deterrente contro la tentazione di adottare comportamenti opportunistici: ed è chiaro che l'opzione a favore della relatività del rimedio consacra la sovranità del consumatore al quale è consegnata la scelta fra il rivolgersi ad altro operatore o confermare la preferenza iniziale. Meno chiara la *ratio* che sottende alla rilevabilità d'ufficio che può essere interpretata o nel senso di un sovraccarico di paternalismo o, come sarei più incline a ritenere, nel senso di un'anticipazione di quella governamentalità amministrativo/giudiziaria dei processi di

di argomenti idonei a generalizzarli come principi sistematici », rimanendo pertanto a livello di formule riassuntive della *ratio legis* delle disposizioni da cui sono tratti. Ne discende che « dai principi dogmatici, quando non siano immediatamente applicabili, si deducono norme particolari, sotto le cui fattispecie saranno poi sussunti i singoli casi. Dai principi problematici si traggono ragioni a favore o di una interpretazione di un testo normativo o dell'applicabilità di una certa norma per analogia (*legis*) o, infine, per individuare un nuovo principio dogmatico, che dovrà poi essere convalidato mediante controllo della sua coerenza sistematica ». Il punto è che nel caso in esame, il principio dell'affidamento (della cui applicazione si era fatto carico il legislatore imponendo al *falsus procurator* l'obbligo di risarcire il danno) è stato utilizzato dalla giurisprudenza per un'operazione che, non essendovi alcuna lacuna da colmare, riveste una portata additiva, nel senso che essa si risolve nella creazione di una nuova regola (conservazione del contratto) che si aggiunge o, addirittura, si sostituisce a quella di conio legislativo. In altri termini, ci si è serviti di un principio dialettico per ricavare da esso una nuova norma, come se si trattasse di un principio dogmatico: ma poiché, appunto, siamo in presenza di una struttura dialettica e non di una struttura assiomatica, i giudici né si sono limitati a dedurre né hanno semplicemente promosso una interpretazione, tra quelle possibili, di una data norma ma hanno creato *ius novum*, nella sostanza azzerando la diversità di regime tra le due forme di rappresentanza. Si tratta, come ho già detto, di un arbitrio assoluto, consumatosi in danno della regola di diritto comune, a fronte del quale, solo per fare un esempio tratto dal dibattito recente, la postulata estensione all'abuso di dipendenza economica del regime della nullità consumeristica (su cui v. L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo* cit., 112 s.) si rivela un'autentica inezia.

mercato che è tipica di tutto l'ormai mastodontico *corpus* di regole a tutela della concorrenza. Del resto, proprio da questo ambito — ossia, dall'ambito consumeristico — ci viene un esempio di razionalità puramente sistemica: mi riferisco alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette tutta costruita sulla figura del consumatore medio (16).

Insomma, per concludere. Il diritto dei contratti è un'istituzione fondamentale per i mercati, ma i mercati obbediscono, diacronicamente e sincronicamente, a *rationes* plurime, e sono queste *rationes* che il diritto contrattuale deve intercettare se vuole assolvere al suo compito. Sotto questo aspetto tanto la L&E quanto la BL&E propongono un approccio marcatamente riduzionista e, come spesso accade agli approcci iperideologizzati, propongono una lettura della realtà, e della razionalità che la innerva, troppo semplificata.

Luca Nivarra

(16) L'art. 7, co. 2 d.l. 1/2012 (poi convertito nella l. 27/2012) ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 19 cod. cons. ai rapporti tra professionisti e microimprese. Al riguardo v. le osservazioni di V. Roppo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto*, La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà, a cura di G. Alpa e V. Roppo (Roma-Bari), 2013, 195 s.